

〔商法 四八三〕 会社分割後の新設会社による商号の続用と債権者保護

〔判示事項〕

ゴルフ場を経営する会社が会社分割を行い、新設会社と同営業を承継した場合において、新設会社が、その営業主体を表示するものとして使用されているゴルフクラブの名称を継続して使用する場合には、特段の事情のない限り、商法二六条一項の類推適用により、会員が分割会社に交付した預託金の返還義務を負うものと解するのが相当である。

〔参照条文〕

平成一七年改正前商法二六条一項（会社法二二条一項）

〔事実〕

Xは、平成四年五月四日、A会社に対し、A会社が経営するゴルフ場の入会保証金として三二〇〇万円を預託して

名古屋高裁平成一八年七月二六日判決
平成一八年（ネ）第六七号預託金返還請求控訴事件
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20061011145806.pdf>

いたものである。

Y会社は、平成一五年一月八日、A会社が平成一四年改正前商法三七三条に基づき新設分割することによって設立され、Y会社が上記分割の際に発行した株式はすべてA会社に割り当てられた。本件会社分割に係るA会社の分割計画書には、Y会社は分割に際し、同計画書添付の「承継権利義務明細表」記載のとおり資産・負債及び契約をA会社から承継する旨記載されている。同明細表には、承継すべき資産及び負債として、「本件営業に属する資産、負債その他これに付随する一切の権利義務を承継し、その明細は下記のとおりとする。」旨記載されているが、同明細には「資産及び負債の金銭明細」として、金融機関に対する

長・短期の借入金が記載されているのみで、本件預託金返還請求権については記載されていない。また、「承継する契約上の地位」欄に、「本件営業に関する不動産の賃貸借契約、業務委託契約、リース契約」との記載があるのみで、従前の会員との間の契約上の地位や権利義務関係についての記載はない。他方、上記分割計画書によれば、A 会社は、同社が所有していた本件ゴルフ場の土地、建物、建物付属設備、構築物等の一切の資産を Y 会社に承継させている。

A 会社は、本件ゴルフ場の運営管理を C に委託し、「B」の名称で本件ゴルフ場を経営していた。そして、本件会社分割後は、新設会社である Y 会社が、引き続き「B」の名称で本件ゴルフ場を経営するとともに、継続して、C に本件ゴルフ場の運営管理を委託している。

X は、入会保証金の据置期間が経過したと主張し、A に対しては、入会保証金三二〇〇万円の返還を、C、Y に対しては、商法二六条一項（平成一七年法律第八七号による改正後の商法一七条一項）の類推適用により入会保証金の支払を請求したものである。

原審（津地方裁判所四日市支部平成一五年（ワ）第三〇二号）が、A に対する請求を認容し、C に対する請求は、商法二六条一項の類推適用の前提を欠くとして、棄却し、

Y に対する請求は、商法二六条一項の類推適用を肯定し、請求を認容したため、Y が控訴したものである。

〔判 旨〕

控訴棄却

「商法二六条一項は、営業の譲受人が譲渡人の商号を統用する場合に、譲渡人の営業によって生じた債務については、譲受人もまたその弁済の責めに任ずる旨を定めるが、本件のように預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられている場合には、商号自体の統用がなくとも、営業の譲受人が、上記名称を継続して使用していれば、譲受人が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り、会員が、同一の営業主体による営業が継続しているものと信じたり、営業主体の変更があつたけれども譲受人により譲渡人の債務の引受けがされたと信じたりすることは無理からぬものといふべきであるから、譲受人は、商法二六条一項の類推適用により、会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負うと解すべきである（最高裁判平成一六年二月二〇日判決・民集五八巻二号三六七頁）。そして、会社の分割は、営業の一部又は

全部を包括的に新設会社等に承継させるものであって、その実質において営業譲渡と異なるところはなく、ゴルフ場の営業を承継する新設会社等が、分割会社の用いていたゴルフクラブの名称を継続して使用する場合には、特段の事情がない限り、会員において、同一の営業主体による営業が継続しているものと信じたり、営業主体の変更があつたけれども新設会社により分割会社の債務の引受けがされたと信じたりすることが無理からぬものであることもまた、上記営業譲渡の場合と同様である。

したがって、本件のように、ゴルフ場を経営する会社が会社分割を行い、新設会社が同営業を承継した場合において、新設会社が、その営業主体を表示するものとして使用されているゴルフクラブの名称を継続して使用する場合には、特段の事情のない限り、商法二六条一項の類推適用により、会員が分割会社に交付した預託金の返還義務を負うものと解するのが相当である。」

「会社分割後の新設会社が分割会社の商号を続用するか否かは、分割会社等の営業上の判断・選択の問題であつて、会社分割それ自体とは区別して考えられるべき問題である。したがって、会社分割後の新設会社による商号の続用について、商法二六条一項を類推適用したからと言って、これ

が会社分割自体の法的安定性や明確性を損なうものとは到底言えない。

また念のため付言すれば、会社分割について一定の債権者保護手続（商法三七四条の四第一項ほか）が定められているからと言って、そのことから直ちに、同法が、それ以外の一切の債権者保護を排除する趣旨、すなわち、新設会社による商号続用という別途の事実関係に基づき別途の観点からなされる分割会社債権者の保護を積極的に排除する趣旨であるとは到底言えない。これらは、それぞれの観点から各別に検討されるべき問題であるといふべきである。」

「営業譲渡の場合も、譲渡人は、移転された営業に見合う対価を取得するのが本来であるから、その意味では、譲渡人の責任財産に、営業譲渡の前後で、係数上変動が生じることが当然の前提として予定されているわけではない。したがって、本件において、会社分割の前後で、会社分割の責任財産に計数上変動が生じないとしても、そのことから直ちに、商法二六条一項の保護の必要性を否定し得ることになるのではない。そして、営業に係る債権は、実際には当該営業が債権の実質的な担保となつている場合も少なくなく、時日の経過によつて、債務者の実質的な責任財産に差異が生じ得ることは、営業譲渡の場合も、会社分割の

場合も、同様に否定できないというべきである(実際、本件について見ても、一般に預託金会員制のゴルフクラブにおいては、昨今の経済状態とも相まって、厳しい経営が続き、措置期間経過後の保証金の返還債務が、経営の大きな負担となっていることはよく知られた事実であるところ、

Aは、本件会社分割によって、会員との契約上の地位を除き、本件ゴルフ場の施設等営業上の権利義務一切をYに移転しており、Yの株式に譲渡制限が付されていること(乙五)等をも併せ鑑みれば、本件会社分割の後、Xら会員が分割会社たるAに預託金返還請求権を行使してその満足を得ることは、実質的に極めて困難な状況になっていることは明らかであると言わざるを得ない)。

したがって、会社分割の場合にも、新設会社によって商号が統用され、外観上営業が新設会社に移転した事実が明らかでないような場合には、債権者が、実質的に債権実現の機会を失う恐れのあることは否定できないのであって、これを保護すべき必要があることは、営業譲渡の場合と異ならないと言ふべきである。」

「Xとしては、仮に本件会社分割が行われ、新設会社が本件ゴルフ場の営業を承継した事実自体は認識し得るとして、少なくとも、本件会社分割にかかわらず、Xの会員た

る地位が、AからYに承継されたと考えても、むしろ無理からぬものと言ふべきである。したがって、お願ひ書の送付があつたからと言って、商法二六条一項の類推適用を否定すべき特段の事情があつたとは認められないというべきである。」

〔研究〕

結論賛成、理由付け反対

一 営業譲渡において、譲渡人が譲渡人の商号を統用した場合に、譲渡人の営業に因って生じた債務について、譲受人もまたその弁済の責任を負う(平成一七年改正前商法二六条一項、以下商法二六条一項という)。商法二六条一項における譲受人の責任が生じるには、営業の譲渡が存在すること及び譲渡人が譲渡人の商号を統用することの二つの要件が必要であるが、本件は、営業譲渡ではなく、会社分割により新設されたゴルフ場経営会社が、分割会社の商号を統用するのではなく、分割会社のゴルフクラブの名称を統用した場合について、商法二六条一項を類推適用し、新設会社の責任を認めた判決である。

譲渡人と譲受人の商号が異り、譲渡人の商号とも異なる営業主体を表示する名称を譲渡人が統用した場合も商号が

続用した場合と考えることができるのかどうか、会社分割の場合も営業が譲渡された場合と考えることができるのが問題となる。以下、検討を行う。

二 まず、商号を続用する場合とはどのような場合であるうか。譲渡人の商号と全く同一の場合はもちろんであるが、下記の五つの段階を経て、商号を続用する場合が広く解釈されるようになった。(1)譲渡人である個人商人の商号に会社の種類を附加したにとまる場合、(2)営業譲渡人とは異なる種類の会社名を使用したにすぎない場合、(3)営業譲渡人の商号とその主体部分を同じくする商号を譲受人が使用する場合、(4)営業譲渡人と譲受人の各商号は異なっているが、営業譲受人が譲渡人の商号をいわゆる屋号(営業自体を示す名称)として続用する場合、(5)営業譲渡人の屋号を続用しているが、譲渡人の商号と屋号は異なる場合である。

(1)の場合を肯定する判決として、①東京地判昭和三四年八月五日(下民集一〇巻八号一六三四頁、名和洋品店と株式会社名和洋品店)、②神戸地判昭和四一年八月二七日(判時四七二号六二頁、ステッキオカダと有限会社ステッキオカダ)、③東京地判昭和四五年六月三〇日(判時六一

〇号八三頁、大阪屋と株式会社大阪屋)、④最判昭和四七年三月二日(民集二六卷二号一八三頁、鉄玉組と株式会社鉄玉組)があり、否定する判決として、⑤大阪地判昭和四一年四月一日(判タ一九一号一九四頁、緑風閣と株式会社緑風閣、但し商法二六条一項を準用)がある。①④判決は「同一性を失わない」とする。

学説は概ね賛成している(大隅健一郎『商法総則(新版)』三一八頁、喜多川篤典「②判批」判例評論一〇二号三八頁、喜多川篤典「③判批」ジュリスト五七九号一一九頁、志村治美「④判批」民商法雑誌六七卷四号一〇四頁、新谷勝「④判批」法学雑誌一九卷二号一九七頁、吉井直昭「④判批」法曹時報二五卷五号一一八頁、福井守「④判批」早稲田法学四八卷三号一五六頁、谷原修身「④判批」法律のひろば二六卷四号六一頁、平田伊和男「④判批」別冊ジュリスト一二九号五七頁、山下眞弘「④判批」別冊ジュリスト一六四号五三頁)、その主体部分を同じくする商号を使用する場合も含むとする説(松岡誠之助「①判批」ジュリスト二五六号八五頁)、主要な部分を同じくするだけでは不十分とする説も既にあつた(永井和之「④判批」法学新報七九卷九号一二二頁)。

(2)の場合を肯定する判決として、⑥大阪地判昭和四六年

三月五日(判タ二六五号二五六頁、三洋タクシー合資会社と三洋タクシー株式会社)、⑦東京地判昭和四七年八月三日(判タ二八五号一八三頁、鹿島運輸合資会社と鹿島運輸株式会社)がある。⑥判決は「会社の種類を異にするのみで、商号も「合資」と「株式」以外は変動がない」とし、⑦判決は「株式会社」と「合資会社」との名称の差異は会社の組織が異なることによるやむを得ない差異である」とする。学説に異論はない(松岡誠之助「⑨判批」ジュリスト二六九号九八頁、大澤功「⑫判批」別冊ジュリスト八四号五七頁)。

(3)の場合を肯定する判決として、⑧東京地判昭和二八年九月八日(金法三二二七頁、株式会社日進堂と有限会社カメラの日進堂)、⑨福岡高判昭和三五年六月一日(判時二二二七四三三頁、有限会社米安商店と合資会社新米安商店)、⑩大阪地判昭和四〇年一月二五日(下民集一六巻一号八四頁、株式会社日本電気産業社と株式会社日本電気産業)、⑪東京地判昭和四二年七月二二日(判タ二一三三号一六七頁、第一化成株式会社と第一化成工業株式会社)、⑫札幌地判昭和四五年一月二二日(判時六三二九二頁、マルト食品興業株式会社とマルシヨウ食品興業株式会社)、⑬大阪地判昭和四七年一月三一日(判タ二七七号三三八頁、

建築工房かわきたとかわきた建築株式会社)、⑭水戸地判昭和五三年三月一日(判時九〇四号九六頁、丸大自動車運送店と丸大運送株式会社)、⑮水戸地判昭和四四年一月一日(判時九三〇号九六頁、有限会社笠間電化センターと株式会社笠間家庭電化センター)、⑯神戸地判昭和四四年八月一日(判時九六四号一一六頁、株式会社キャロンと株式会社キャロン製靴)、⑰東京地判昭和五五年四月四日(判タ四一九号一五一頁、株式会社内外タイムズと内外タイムズ株式会社)、⑱東京高判昭和五六年六月一日(判時一〇一六号一一〇頁、⑮の控訴審)、⑲大阪地判昭和五七年九月二四日(金判六六五号四九頁、万葉株式会社と株式会社マンゼン)、⑳東京地判平成一五年六月二五日(金法一六九二号五五頁、株式会社藤和と株式会社藤和リフォーム)があり、否定する判決として、㉑最判昭和三八年三月一日(民集一七巻二二八〇頁、⑨の上告審)、㉒大阪地判昭和四三年八月三日(金判一一二八号一九頁、いせ屋家具マートと有限会社四日市いせ屋家具)、㉓名古屋地判昭和六〇年七月一九日(判時一一七九号九六頁、株式会社太一商店と株式会社中部太一)、㉔東京地判昭和六〇年一月二六日(金判七五六号二五頁、株式会社肉の宝屋と共同組合肉の宝屋チェーン)がある。

⑧⑨⑬⑮⑰⑱は商号の字句を比較し、商号の主体部分の同一性を基準としているが、⑩⑪⑯は商号の字句を比較し、譲渡人と譲受人の営業主体の人的構成上の関連性や営業目的、得意先に対する通知、その引継の有無、営業譲渡の動機等の諸般の状況も斟酌されてよいとする。⑫は商号の字句を比較することなく、看板や納品書などをそのまま使用しているという事実のみで判断している。⑲判決は「会社が事業に失敗した場合に、再建を図る手段として、いわゆる第二会社を設立し、新会社が旧会社から営業の譲受を受けたときは、従来の商号に「新」の字句を附加して用いるのが通例であつて、この場合「新」の字句は、取引の社会通念上、継承的字句ではなく、却つて新会社が旧会社の債務を承継しないことを示すための字句であると解せられる」とし、本件は商号の続用にあたらないとする。⑳判決は「商号の字句から判断して、営業譲渡人の商号に何らかの字句を附加し、あるいは譲渡人の商号の字句を一部削除しても取引の社会通念上従前の商号を継続していると認められる場合をいうのであつて、単に類似の商号を使用するにすぎない場合は含まれない」とする。㉑判決は「中部太一が太一商店と、その商号において八文字中六文字を共通にするものであることは認められるものの、商号が同

一であるとは言えないので、中部太一は太一商店の商号を続用する者には該らないことは明らかである」とする。

学説は、類似の商号を使用する場合は含まないとする説（宮田信夫「㉑判批」法律時報一五卷五号六八頁、実方正雄「㉑判批」法律時報三五卷一三号一〇三頁、岡田正信「営業譲渡と商号の続用」判タ五五四号七五頁）、主要部分の共通性を基準とするのは商法二〇条、二一条に関連して展開されたものであるため、商号の類似性の範囲を広く認めすぎる素地をもつており、いたずらに広く解することも避けなければならないとする説（松尾和子「㉑判批」ジュリスト三八九号一〇五頁）、主体部分を同じくする商号を含むとする説（大森忠夫『商法総則講義』二五七頁、石田栄一「㉑判批」金判六七六号四九頁）、主体部分の同一性は類似商号の判断基準で行うとする説（増田政章「㉑判批」私法判例リマックス二九号八一頁、今泉邦子「㉑判批」法学研究七八卷四号一二〇頁）、債務の引受があつたことを誤認させる商号であれば足りるとする説（渋谷達紀「㉑判批」ジュリスト七九六号一〇八頁）、諸般の状況をも斟酌することには反対とする説（佐藤庸「㉑判批」ジュリスト四五五号一二一頁、高鳥正夫「㉑判批」法学研究四四卷五号一一四頁、松岡誠之助「㉑判批」ジュリスト七八八号

一〇七頁、丸山秀平「¹⁸判批」金判六四八号五四頁、鈴木千佳子「²¹判批」別冊ジュリスト一六四号五一頁）、類似商号の域を超えて営業の事実も合わせて判断するとする説（境一郎「⁹判批」判例評論三二二号一六頁）がある。

(4)の場合を肯定する判決として、²⁵東京地判昭和五四年七月一九日（判タ三九八号一四六頁、株式会社下田觀光ホテル海山荘と大洋興産株式会社、下田觀光ホテル海山荘を屋号として続用）、²⁶東京高判昭和六〇年五月三〇日（判時一一五六号一四六頁、有限会社丸政園と有限会社朱鷺、丸政園とか丸政商店を屋号として続用）、²⁷仙台高判平成元年一〇月三〇日（金判八三九号一二頁、朝日新聞須賀川西部専売所の名称は自己を表示するために使用していたもので、商号と認め、商号の続用に該当する）、²⁸東京高判平成元年二月二九日（東京高裁判決時報民事四〇巻九一―二二四頁、有限会社徳泉閣ホテルと三優商工株式会社、徳泉閣ホテルを屋号として続用）、²⁹東京地判平成二二年九月二九日（金判一一三三一号五七頁、株式会社九段ゼミナールと株式会社九段学園、九段ゼミナールを屋号として続用）がある。

²⁹判決は「譲渡人が自己の商号と同時に営業自体の名称として使用していたときは商号の続用に包含

される」とし、²⁶判決は「営業譲渡の前後を通じて営業の外形にほとんど変化がなく、屋号が商取引上当事者を特定する上で重要な機能を営んでいる場合も含まれる」とし、²⁸判決は「屋号が商号の重要な構成部分を内容としているときは類推適用できる」とし、²⁸判決は類推適用している。

学説は、営業譲受人が譲渡人の商号を屋号として続用する場合も商号の続用にあたるとする判例に賛成であるが（近藤龍司「²⁵判批」法学研究五八巻七号九一頁、池島真策「²⁹判批」法学研究七七巻二二〇―二三頁）、譲受人が続用している屋号が譲渡人の商号と異なる場合は商号の続用に当たらないとする説（下記の(5)の場合）も主張されている（田村茂夫「²⁵判批」西南学院大学法学論集一五巻二二―二三頁、丸山秀平「²⁵判批」金判五九三号五一頁、志村治美「²⁶判批」商事法務一一五七号四二頁）。

(5)の場合にも類推適用できるとした最初の判例は、³⁰大阪地判平成六年三月三十一日（判時一五一七号一〇九頁、岡山開発株式会社と郷の里観光開発株式会社、湯の郷カントリークラブを続用）である。「商号そのものではなくとも、営業上使用される名称が営業の主体を表示する機能を果たしている場合には商法二六条一項を類推適用できる」とした。

- ③〇判決と同様に、ゴルフクラブの名称は営業の主体を表示する機能を果たしているとして、商法二六条一項が類推適用できるとした判例には、③①東京地判平成一三年四月一日（金判一一二九号一九頁、株式会社Kゴルフ倶楽部とKゴルフ倶楽部株式会社、Kゴルフ倶楽部を続用）、③②神戸地判平成一三年七月一八日（民集五八巻二二三七二頁、株式会社ギヤラクと株式会社ギヤラクシー淡路、淡路五色リゾートカントリークラブ（淡路五色リゾートカントリー倶楽部）を続用）、③③東京地判平成一三年八月二八日（判時一七八五号八一頁、春日居観光開発株式会社と株式会社春日居ゴルフ倶楽部、春日居ゴルフ倶楽部を続用）、③④東京高判平成一三年一〇月一日（金判一一二九号一三頁、③①の控訴審）、③⑤東京地判平成一三年一二月二〇日（金判一一五八号三一頁、株式会社ザ・クラブ・シェイクスピア・サッポロと株式会社レンタピア、クラブ・シェイクスピア・サッポロゴルフクラブを続用、但し控訴審③⑥東京高判平成一四年八月三〇日（金判一一五八号二一頁）は否定）、③⑦大阪高判平成一四年六月一三日（判タ一一四三号二八三頁、大仲共立と株式会社道成寺カントリー、道成寺カントリークラブを続用）、③⑧東京高判平成一四年九月二六日（判時一八〇七号一四九頁、ザブリビレッジゴルフクラブ株式会社とピージーサーブ株式会社、ザブリビレッジゴルフクラブを続用）、③⑨東京地判平成一六年一月一五日（金法一七二九号七六頁、株式会社ロイヤルメドウゴルフクラブと株式会社グリーンメドウサーブ、ロイヤルメドウゴルフクラブを続用）、④〇最判平成一六年二月二〇日（民集五八巻二二三六七頁、第一審は③②判決、控訴審は④⑧判決）、④①東京地判平成一六年四月一四日（判時一八六七号一三三頁、日野企画株式会社と株式会社シズエイイインターナショナル、サンフィールドゴルフクラブを続用）、④②東京地判平成一六年八月三一日（金法一七五四号九一頁、株式会社Tゴルフ倶楽部と株式会社D、Tゴルフクラブを続用）、④③大阪地判平成一七年九月九日（判時一九二九号一〇六頁、株式会社ダイヤモンドリゾートと株式会社ダイヤモンドクリエイト、ダイヤモンドカントリークラブを続用）、④④名古屋高判平成一七年一〇月六日（最高裁ウェブサイト、A株式会社と株式会社B、Bゴルフ倶楽部を続用）、④⑤本件（A株式会社と新設会社名は不明、Bゴルフクラブの名称を続用）がある。ゴルフクラブ以外の事例で肯定されたものとして、④⑥長野地判平成一四年一二月二七日（判タ一一五八号一八八頁、ふるさと村株式会社と株式会社オンセン、屋号としてカラオケハウスモンピラージュ

を続用)がある。ゴルフクラブの事例で否定された判決として、④東京地判平成一三年三月三〇日(金判一一二九号四九頁、岩瀬観光開発株式会社と株式会社北関東石油、ウイilsonゴルフクラブジャパンを続用)、④大阪高判平成一三年一二月七日(民集五八巻二号三七六頁、③の控訴審)、ゴルフクラブの事例以外で否定された判決として、④東京地判平成一八年三月二四日(判時一九四〇号一五八頁、ヌギートレーディング株式会社と有限会社ザ・クロゼット、ザ・クロゼットを続用)がある。

③判決は「商号とは別の名称が営業表示として使用され、むしろ、その方が営業表示として浸透している場合には拡張解釈も許される」とする。③判決は、「商号の同一性、類似性をも考慮して商号の継続使用と同視することができるか否かの観点から検討すべき」とした上で、商号に類似性がないとし、「同一のゴルフ上の名称を使用することにより、他の債権者に営業主体の混同をさせたり、債務承継等につき誤信させる結果を招くような場合に限り、商法二六条一項の準用ないし類推適用が問題とされるべき」とし、本件はそのような場合に当たらないとした。④判決は「預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられている場合において、ゴルフ

場の営業が譲渡され、譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が継続して使用しているときは、譲受人が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り類推適用される」とする。④判決は「営業譲渡の前後を通じて営業の外形にはほとんど変化がなく、屋号が商取引上当事者を特定する上で重要な機能を営んでいる場合において屋号を続用するときは類推適用できる」とする(②判決と同じ理由付けであるが、譲渡人の商号と屋号に共通性ないし類似性がないことは検討されていない)。④判決は「類推適用にあたっては商号の同一性も考慮して商号の続用と同視できるか否かを検討すべきである」とし、「譲渡人と譲受人の商号に共通点ないし類似性はない、譲渡人の商号とゴルフクラブ名との間にも共通点ないし類似性はない、会員証、あいさつの書面、領収書に商号が示されていて債権者が営業主体の変更を認識しうる」とし類推適用を否定した。④判決は③判決の控訴審であるが、「会員の信頼の拠り所になるのは商号によって表彰される経営主体であり、ゴルフクラブの名称と経営主体とが異なることはゴルフ会員権を購入する者であれば知りうる」として類推適用を否定した。④判決は、②判決を引用し、屋号が

商号の重要な構成部分を内容としているときは類推適用できるが、その要件を充足しないとの理由で類推適用を否定した。

また、ゴルフ会員権の法的性質から請求認容した判決に、⁵⁰東京高判令成一四年二月二日（判時一八一八号一七〇頁、⁴⁷判決の控訴審）がある。

³¹³⁴判決は⁽³⁾の事案である。³⁵³⁶³⁸³⁹⁴²判決は⁽⁴⁾の事案である。⁴⁶判決は⁽⁵⁾の事案であるが、⁽⁴⁾の事案である²⁶判決と同じ理由であり、含まれるではなく類推できるとした。³³³⁷⁴³⁴⁴⁴⁹は、同様に屋号を続用している事案であるが、その屋号と関連する名称を譲受人の商号としている。⁴⁴⁴⁵は商号の続用についての検討はない。

学説は、あくまで譲受人によって続用された屋号が譲渡人の商号であることが必要であるとする説（小野寺千世「³⁰判批」ジュリスト一一九号一四四頁）、ゴルフクラブの名称がゴルフ場の企業主体を表示するものとして用いられている場合は類推適用できるとする説（山下真弘「³⁰判批」商事法務一四九七号四二頁、高橋美加「⁴⁰判批」法学教室二八九号一五一頁、近藤光男「⁴⁷判批」私法リマークス二五号八五頁、新里慶一「⁴⁹判批」中京法学四一巻三・四号一七五頁）に分かれる。

三 次に、営業が存在することという要件について、会社分割をどのように考えるかである。

判例においては、現物出資の場合において、「営業の譲渡と営業の現物出資とは、その法的性質を異にするものとはいえず、いずれも法律行為による営業の移転であって、旧営業の主体の債権者のもつ信賴関係には変わりはないからである」（⁴判決）として、商法二六条一項を類推適用する。

学説においても、概ね賛成である。営業の全部または一部の譲渡は債権契約による営業の全部または一部の移転であるのに対し、営業の全部または一部の出資は団体的な会社設立行為または入社行為によるその移転であるから両者はその性質を異にすることはいうまでもないが、法律行為による営業の全部または一部の移転という点では同一の範疇に属し、同じ原則に服する（大隅健一郎『会社法の諸問題（増補版）』七三頁）。特に、商法二六条の適用に關しては、経済的效果ではほとんど相違がなく、しかも、債権者側からみた場合、外觀上、両者を識別することは難しく、法形式よりも実質に重点をおいた解釈であり（新谷勝「⁵判批」法学雑誌一九卷二号一九八頁）、個人企業主がいっ

たん別の会社を設立しておいてその会社に営業を譲渡する事例も多いであろうが、現物出資の形でいわゆる法人成りをする場合もこれに劣らず多いと思われ、前者の場合に商法二六条が適用されて営業上の債権者が保護されるのに、後者の場合には同じ法理による保護が拒否されるのは均衡を失するのであって、このことが本判決により現物出資の場合につき同条の類推適用が明らかにされる実質的基盤となったものと考えられる(吉井直昭「④判批」法曹時報二五巻五号二五一頁)。

営業全部の賃貸(平成一七年改正前商法二四五条一項二号)の場合にも、すべてゴルフ場の事例であるが(③①③③④③③④④④判決)、「営業の賃貸借も、法律行為による営業の移転であって、賃借人は、その営業から生じる権利義務の主体となり、営業上の債権者の信頼を保護すべき点においては、営業の譲渡における場合と基本的に変わるところはない」として、商法二六条一項を類推適用する。営業全部の経営の委任(平成一七年改正前商法二四五条一項二号)の場合にも、同じくすべてゴルフ場の事例であるが(③⑤③⑥③⑦④④)、「営業が同一の名称においてなされたまま、当該営業の実質的な主体が他に移転し、その損益も実質的にその者に帰属する場合には、商法二六条一項の趣旨を類推する

ことができる」とする。営業全部の賃貸借の場合は類推適用を容認する見解が多いが、営業全部の経営の委任の場合には同条の類推を認めない見解が多い(高橋美加「経営委任契約における会社法二二条一項の類推適用について—ゴルフ場経営の事例を中心に」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論』上巻一七三頁)。会社分割の場合にも、すべてゴルフ場の事例であるが(④④⑤判決)、類推適用が認められている。学説も概ね賛成している(座談会「会社分割に関する改正商法への実務対応」(商事法務一五六八号二八頁)、山下眞弘『営業譲渡・譲受の理論と実際(新版)』二四三頁)。

商法二六条一項がその予想する通常の意味で「営業譲渡」という実態が存する場合に適用されたのではなく、もとの企業の債務を本条をつうじて新会社に引き継がせたケース(①③④④⑩⑪判決)であり、「旧企業から新会社へ営業の譲渡がなされたものと推認される」と判示した上で適用がされてきた(江頭憲治郎「④判批」法協九〇巻一二号九〇頁)のであり、③⑩④⑦判決は、賃貸借の法律関係がありながら営業譲渡と認定されている。④判決は、現物出資により設立された会社にまで拡張して認めた判例のように読めるが、実際の趣旨がそこにあるか否かは疑わしいように

思われる（江頭・前掲同頁）という指摘があるように、営業が移転するという点で共通している営業譲渡、現物出資、営業全部の賃貸借、会社分割が商法二六条一項において問題となる場面においては、譲渡人に債務の弁済能力がないという点も共通しているのである。

四 商号統用という要件については、会社の種類を附加した場合、異なった種類の会社名を使用したにすぎない場合から、主体部分を同じくする場合、商号と主体部分が同一の屋号を統用する場合にも拡大され、さらに企業主体を表している屋号なら商号と異なっても商号の統用として類推適用されるといってどこまで拡大し、屋号が企業主体を表示している機能をはたしている業種の場合かどうかで判断が分かれるところまできている。営業が存在するという要件についても、現物出資、営業全部の賃貸借、営業全部の経営の委任、会社分割の場合にも類推適用されるに至っている。

二つの要件をどこまで広く解釈することができるかは、どのような根拠で商法二六条一項における譲受人の責任が生ずるのかという問題に関わっている。

商法二六条一項は譲渡人の営業上の債権者保護のための

規定であるが、譲受人の責任の法的根拠については、見解が対立している。外観理論・禁反言の法理に求める説（鴻常夫『商法総則（新訂第五版）』一四九頁）、企業財産担保説（服部栄三『商法総則（第三版）』四一八頁、志村治美『現物出資の研究』二四二頁、近藤光男『商法総則・商行為法（第五版）』一二二頁）、外観保護と営業財産が担保となっていることを根拠とする説（大隅健一郎『商法総則（新版）』三一九頁）、譲受人意思説（山下真弘『商号統用のある営業譲受人の責任―債権者保護の視点から―』立命館法学二五六号一四四五頁、田邊光政『商法総則商行為法（第二版）』一五四頁）、営業活動参加説（小橋一郎『商号を統用する営業譲受人の責任―商法二六条の法理』上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』一七頁）、商法二八条二項の措置がとられるようサンクションを定めたものと解する説（落合誠一『商号統用譲受人の責任』法学教室二八五号二五頁）がある。

判例は、外観理論・禁反言に法理に求める説の立場に立っているが、すべてが同一ではない。（A）商号統用による債務者の同一性と（B）債務引受の外観に対する信頼保護規定と解しているのは、⑨⑩⑮⑳㉑㉒㉓㉔㉕判決である。

（A）と（B）に加えて債権保全措置の機会喪失の問題

であるとするのは、③③③⑥④⑦判決である。(A)と(B)に加えて、企業財産が営業上の債務の担保になっているとするのは、③②④⑧判決である。(A)と(B)に加えて債権保全措置の機會の喪失の問題であること、企業財産が営業上の債務の担保になることを加えているのは、②⑥③④⑤判決である。(B)のみは、④⑪⑱⑳㉒判決である。(A)に加えて債権保全措置の機會の喪失の問題であるとするのは、②⑤判決(Bを否定)と⑲判決(Bを否定していない)である。(A)に加えて、譲受人に外観作出責任があるとするのは、③⑦判決である。⑲判決は上告され、最判昭和六三年四月五日において⑲判決を是認して上告棄却されているので(民集五八卷二号三七二頁)、最高裁の立場であるのかもしれないが、その後の最高裁判決である④①判決においては(A)と(B)のみであり、④①判決以後も(A)と(B)のみである。

五 営業譲渡契約という法律行為の目的すなわち当事者の意思表示の内容の中に、営業主の地位の承継が含まれる(倉澤康一郎『会社法判例の基礎』一〇五頁)のであって、営業譲渡は、営業活動のために組織化された財産の総体たる営業を譲渡することであり、営業主体の交替である。営

業譲渡であるためには必ずしも営業に属する一切の財産を移転する必要はなく、例えば一部の債務の引受を除外することは、社会見解上営業の同一性を害しない限り差しつかえない(東京地判昭和九年六月一四日法律新聞三七一三号一一頁)。商法二六条一項が昭和一三年に新設される以前には、営業全部の譲渡があつた場合には譲受人は譲渡人の債務を引受くべき商慣習があることを認めた判例(東京控判大正元年一二月二四日(法律新聞八七〇号八頁))があるが、営業譲渡による債務の承継は債権者には対抗できないとし(大判明治三六年三月六日民録九号二六〇頁)、営業譲渡に伴う権利義務の移転は、第三者に対抗するためには法律上必要とされる方式を履践しなければならないとし(大阪控判大正八年五月二日法律評論八卷商三六一頁)、一般に、譲受人が特に債務者たる地位を承継すべき特殊な原因なき以上債権者は直接譲受人に対し何等の権利を有するものではないとして、営業譲渡人の債権者が直接譲受人に請求できないとされていた(大阪控判明治四一年一二月一二日法律新聞五四六号一一頁、東京地判昭和七年一二月七日法律新聞五一九号一七頁、新谷・前掲一九四頁、永井・前掲一一五頁)。

営業譲渡は債権契約であり、民法の原則どおり、免責的

債務引受の場合には債権者の同意が必要である。債権者に同意がない場合には債務は移転しないのであるが、営業譲渡が当事者間で行われてもその事が第三者にはよくわからないということがあるであつて、ましてや営業の譲受人が営業の譲渡人の商号を用いるという場合には、第三者は営業譲渡にあつたことが殆ど全くわからないので、そのような場合には譲渡人の営業上の債務については譲受人もまた弁済の責に任ずることにしたのであつて、第三者を保護したのである（寺澤音一『改正商法審議要綱』六九頁）。営業主の交替という営業譲渡の法律効果を商号に結びつけ、債権者保護を図つたのである。さらに営業譲渡が行われたときは前述したように、債権者に同意がない場合には債務は移転しないが、営業の譲渡が行われたことを知らされない間に譲渡人に債権を回収できない状況が生じた場合、非常な損害を受けることがないではないし、また、第三者はたとえ営業主の交替がわかつたとしても、営業の譲受人が譲渡人の商号を続用している場合には、譲受人により債務を引き受けられたものと想像するのではないか（田中耕太郎『改正商法総則概論』三四五頁）と解することにより、そのような債権者の信頼を保護するため、譲渡人以外に譲受人もまた責に任ずるものとしたのである。また、営業譲

渡の直接の効果は譲渡人と譲受人の間に営業の移転という結果が生ずるけれども、譲渡をなす原因の正、不正、善悪において不測の損害を及ぼすという営業という性質から考えると非常に重大であるので、例えば実質は譲渡であつても形式は譲渡人は廃業して同一人物が新たに開業する場合も商法二六条一項によつて第三者の権益は相当に擁護されるのである（寺澤・前掲七一頁）。営業譲渡の法的効果から生じる特性から、債務者の同一性に対する信頼を商号と結びつけ、債権保全措置の機会の喪失の場合を含む債務引受に対する信頼を保護するため、譲受人の責任を法定したのである。

よつて、債権者が商号の字句から営業主の交替を認識するような場合には同一性を認めるべきであつて、商号以外の事情を斟酌する必要はない。現在のように多角経営が当然の時代にあつては、各営業を個々に管理する必要から商号とは別に営業主体を表示する名称ないし標識を活用することが経営効率上不可欠であり、このような名称とともに営業譲渡がなされ、これらが続用されている場合に、商法二六条一項の類推適用が許されないと解することはもはや時代に合わない（浅木慎一「④判批」判時一八七三号二〇五号）という指摘があるが、商法二六条一項において譲

受人に責任があるのは、譲渡人に因って生じた債務である。商法二〇条、二一条は一般人を含む取引先が営業を誤認したために、もともとその商号を使用していた商人の利益が奪われることを保護しようとするものであり、商法二六条一項は、営業上の債権者が債務者を誤認することを救済しようとするものであり、誤認を生じた債権者が商人たる取引先の場合が多いであろうから、商法二六条一項の場合は類似性を嚴格に解しても差し支えないのである（高島正夫「⑩判批」法学研究四〇巻二二号八八頁）。商号以外に営業主体を表している名称があり、その名称を統用している場合であっても、その名称は譲渡人の商号と主体部分が同一である場合のみ、商号の統用を認めるべきである。

会社分割は、営業の移転であり、営業主の交替という効果が生じるのも、営業譲渡と同じである。しかし、債務の移転については異なるのである。いかなる権利・義務が承継されるのかは当事者間の意思に基づくことは、営業譲渡も会社分割も同じであるが、営業譲渡の場合は民法の原則どおり免責的債務引受には債権者の同意が必要であるが、会社分割は、分割計画書の記載（平成一四年改正前商法三七四条第二項五号、三七四条ノ一七第二項五号）に従い、債権者の同意を得ることなく、免責的債務承継が行われる

のである。そこで、債権者の保護のために手続きが定められており（平成一四年改正前商法三七四条ノ四、三七四条ノ二〇）、同法三七四条ノ四第一項に規定する各別の催告を受けなかった債権者に対する分割会社の債務については分割時に存在する責任財産の額を限度において分割会社が債権者に対して連帯責任を負う（平成一四年改正前商法三七四条ノ一〇、三七四条ノ二六第二項）。外観保護が生じることがないのである。しかし、分割に因って設立する会社が分割をなす会社に対し分割に際して発行する株式の総数の割当をなす場合においては、分割後も分割会社に対してその債権の弁済の請求をすることができる債権者には債権者保護手続きは不要とされている（平成一四年改正前商法三七四条ノ四第一項但書）。物的分割の場合であり、まさに本件の場合である。それではこのような場面においては例外的に外観保護として商法二六条一項が登場することになるのかどうか。営業の全部を承継させる会社分割を認めたのは、営業の全部を承継させる物的分割を行うことにより、分割会社が設立会社から株式の割当てを受けて完全親会社となることから、持株会社を創設するために利用することが期待できるためである（原田晃治「会社分割法制の創設について（上）」平成一二年改正商法の解説）商

事法務一五六三号(二頁)のであれば、持株会社の法律関係として解決すべき事柄である。債権保全措置の機会の喪失の問題がある場合であっても商法二六条一項で解決すべきではなく、会社分割は債権者の同意なく当事者の意思に基づいて営業は承継されるのであるから、当事者の意思、会社分割契約の点から解決するべきである。

営業譲渡の場合は、債権者の同意がない場合は当事者間の意思にかかわらず、債務は移転せず、権利が存在しないので、商号という外観を使って債権者を保護するのであるが、会社分割の場合は、債権者の同意なく当事者の意思に基づいて営業は承継されるので、その点において債権者保護手続きが法定されているのである。会社分割においては、会社分割契約の点から解決されるべきであって、商号という外観を使って債権者保護をはかる商法二六条第一項を類推適用すべきではない。

六 以上の検討をもとに、本件にあてはめると、事実からは商号名もゴルフクラブ名も不明であるが、譲渡人であるA会社と譲受人であるY会社の商号は異なっており、A会社の商号と主体部分が同じでないのであれば、商法二六条一項でいう商号の続用には該当しない。

本件のように、ゴルフ場における預託金返還債務を逃れるために会社分割制度が利用された場合であっても商法二六条一項で解決すべきではなく、会社分割は債権者の同意なく当事者の意思に基づいて営業は承継されるのであるから、当事者の意思、会社分割契約の点から解決するべきである。

本判決では、「新設会社による商号続用という別途の事実関係に基づき別途の観点からなされる分割会社債権者の保護を積極的に排除する趣旨であるとは到底いえない。これらは、それぞれの観点から格別に検討されるべき問題であるというべきである」と判示しているが、本件においても、それぞれの観点から格別に検討されるべきではないだろうか。XのAに対する権利義務関係は、本件ゴルフ場に関する営業に当然含まれるものとし、Xとの間の契約上の地位も会社分割によりY社に包括承継されたものと解することにより、Y会社への責任を認めるべきである。よって、Y会社の責任を認める本件の結論には賛成であるが、商法二六条第一項の類推適用によりY会社の責任を認めた本件の理由付けには反対である。

岡本 智英子